

ISSN Eletrônico: 2177-1758

ISSN Impresso: 1809-3280



Revista **DIREITO E**  
**LIBERDADE**

Volume 22, Número 2, Maio/Agosto 2020.

---

# GESTANTE E LACTANTE E O MEIO AMBIENTE LABORAL INSALUBRE: UMA ANÁLISE PÓS- REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

## *PREGNANT AND LACTATING WOMEN AND THE UNHEALTHY WORKING ENVIRONMENT: AN ANALYSIS OF POST-LABOR REFORM IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION TO SOCIAL RETROCESS*

Saulo Nunes de Carvalho Almeida\*  
Renata Muniz Sales\*\*

**RESUMO:** A presente pesquisa objetiva analisar se o artigo 394-A da CLT, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ofende princípios constitucionais, em especial o princípio da vedação ao retrocesso social, defendido pela doutrina constitucionalista majoritária como princípio constitucional implícito. A problemática que justifica a relevância temática repousa no cenário, estabelecido pelo novo texto da CLT, que gestantes e lactantes poderão continuar a prestar serviços em ambientes laborais insalubres. Para o desenvolvimento do estudo, foram utilizadas técnicas metodológicas de pesquisas teóricas com predominância de estudos de cunho bibliográfico e da normatização, utilizando-se doutrinas e artigos jurídico-científicos adequados à temática. À guisa de conclusão, a pesquisa demonstrou que a atual redação do artigo 394-A da CLT, dada pela Lei nº 13.467/17, representa um retrocesso social sendo necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo.

**Palavras-chave:** Artigo 394-A da CLT. Gestante e lactante. Proteção à maternidade e à infância. Reforma trabalhista. Retrocesso social.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze if the article 394-A, from the Brazilian Labor Code, which the writing has been altered by the Law 13.467/2017 (Labor Rights Reform) offends constitutional principles, especially through the perspective of the prohibition of social regression defended by the major constitutionalist doctrine as an implicit constitutional principle. The problematic that justifies the thematic relevance rests in the scenario, established by the new text of the Brazilian Labor Code, that expectant mothers and lactating women can continue to provide services in unhealthy working environments. In this research, methodological techniques have been used with the predominance of theoretical research of laws, scientific articles. It concludes

---

\* Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica), Quixadá, CE, Brasil.  
<https://orcid.org/0000-0003-1527-3047>

\*\* Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica), Quixadá, CE, Brasil.  
<https://orcid.org/0000-0002-6189-519X>

*that the new text of the mentioned article represents a social regression and results in an unconstitutional violation of the rights once established.*

**Keywords:** *Article 394-A of Brazilian Labor Code. Pregnant and lactating women. Protection to maternity and childhood. Labor rights reform. Social regression.*

## 1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, aprovada por meio da Lei nº 13.467/2017, alterou um vasto plexo de institutos jurídicos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Um dos pontos que tem sido objeto de maior debate entre juristas e doutrinadores trabalhistas repousa na atual redação do art. 394-A, que possibilita empregadas gestantes e lactantes trabalharem em locais insalubres. Uma previsão que, até então, era vedada pela CLT.

Pontos tão importantes como esse que tratam da proteção constitucional à maternidade e à infância, expresso no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), renderam quase dez anos de debates legislativos até culminarem na aprovação da Lei nº 13.287/2016, que incluiu o art. 394-A na CLT, o qual assegurava o afastamento das empregadas gestantes e lactantes que laboram em locais insalubres, assegurado o adicional de insalubridade. No entanto, em menos de um ano para a efetivação da Reforma Trabalhista, esse direito reconhecido às empregadas foi perigosamente relativizado, por meio da nova redação do art. 394-A, gerando incertezas quanto à própria constitucionalidade dessa alteração legislativa.

A partir do novo texto celetista, as empregadas gestantes que trabalham em locais de insalubridade de graus médio ou mínimo e as lactantes, em qualquer grau de insalubridade, poderão apresentar atestado de saúde emitido por médico de “confiança da mulher”, que recomende o afastamento desses locais. Aquilo que anteriormente a Reforma correspondia a um dever de afastamento atrelado a simples condição da gestação ou lactação dessas empregadas, agora se tornou facultativo e restrito ao grau máximo de insalubridade, no caso da gestante, e inexistente de imediato, no caso da lactante.

Diante de uma alteração tão impactante para essa modalidade de empregadas, justifica o presente estudo a imperatividade acadêmica de se enfrentar os seguintes questionamentos:

- 1) Essa nova redação trazida pela Lei nº 13.467/2017 está em consonância com a CRFB?
- 2) Trata-se de um retrocesso social?

O presente estudo objetiva responder a essas indagações após análise doutrinária dos princípios constitucionais que protegem os direitos

fundamentais sociais do trabalhador. Para isso, utilizar-se-á, a título de metodologia científica, a pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de adequadamente apresentar os mais relevantes posicionamentos intelectuais a tratarem da temática contemporaneamente.

Nesse contexto, o presente trabalho analisará se a nova redação do art. 394-A com a vigência da Lei nº 13.467/2017 deságua em inconstitucionalidade por alterar o tratamento protecionista do Estado ao dever de afastamento das empregadas gestantes e lactantes de locais insalubres, configurando uma situação de retrocesso social diante das conquistas até então efetivadas e que se tornam relativizadas.

## **2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA E O TRABALHO INSALUBRE DA MULHER PÓS-REFORMA TRABALHISTA**

O espírito democrático e social da CRFB pode ser facilmente identificado mediante qualquer análise no extenso rol de direitos sociais e princípios de proteção ao ser humano, seja em face do Estado, seja perante outros particulares. Nesse contexto humanístico e solidário, o dever do Estado é imposto para a salvaguarda de direitos essenciais a um patamar mínimo civilizatório, com enfoque no direito à vida com dignidade.

Diversos direitos sociais de proteção à maternidade e à infância foram previstos pelo constituinte originário, como se observa no curso do art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Outro exemplo dessa proteção, ainda pela CRFB, encontra-se no art. 7º, XVIII, o qual prevê a licença à gestante com duração de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Ressalte-se que o art. 10, b, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece a estabilidade provisória da gestante no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Em relação ao trabalho da mulher, o inciso XX, da CRFB, assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos e autoriza sua previsão na legislação infraconstitucional (SEREFIM, 2013).

A CLT, desde sua vigência em 1943, constitui múltiplos dispositivos de proteção à mulher e à maternidade. A seção V do capítulo III foi dedicada a normas especiais de proteção à maternidade e à infância. Dentre os dispositivos que tratam dessa proteção, o mais relevante para o presente estudo é aquele estabelecido no art. 394-A. Tal regra foi acrescentada à CLT pela Lei nº 13.287/2016 com o objetivo de proibir “o trabalho da gestante em ambiente não salubre, como forma de assegurar maior proteção à mulher puerpera, e não apenas ao nascituro em si, mas à força

de trabalho futura, ora em formação” (SILVA; SILVA, 2017, p. 67), revelando a preocupação do Estado com o bem-estar social.

## 2.1 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

Foi a partir da CRFB – e do reconhecimento dos valores de igualdade – que a mulher passou a experimentar, paulatinamente, o alcance de relevantes direitos fundamentais. Ao tratar sobre a evolução dos direitos da mulher, com o advento da Carta Magna, Juliana Maria Da Costa Pinto Dias (2017, p. 67) afirma que:

A igualdade entre os gêneros, as políticas de proteção ao trabalho da mulher, a sua afirmação como indivíduo de direitos e deveres, a proteção à maternidade, além de outros direitos, emergiram com a nova ideia constitucional de conciliação entre trabalho e família através de políticas públicas.

Apesar da igualdade material ainda não ter sido plenamente efetivada na contemporaneidade – tendo em vista que a discriminação ao trabalho da mulher ainda é uma realidade –, na seara trabalhista as mulheres obtiveram, nas três últimas décadas, grandes conquistas no combate à discriminação de gênero, especialmente na forma de políticas voltadas à proteção do trabalho da mulher, à maternidade e à família. Nesse sentido de promoção da igualdade, a norma constitucional previu a proteção à maternidade, assegurando-lhe *status* de direito fundamental social previsto no art. 6º, dedicando atenção especial à gestante no art. 201, II.

Tal proteção pode ser considerada como uma forma de tutela ao tratamento discriminatório sobreposto à mulher durante muitos anos. “A posição de gestante fazia da mão de obra feminina descartável, fato que mudou substancialmente com o advento da Carta Magna” (DIAS, 2017, p. 212). O constituinte conferiu à mulher e à família, esta como base da sociedade, a proteção estatal garantida também por e para toda a sociedade.

O direito fundamental social de proteção à maternidade e à infância completa-se quando são levados em consideração outros direitos fundamentais igualmente importantes, como o direito à vida, à saúde e à proteção da criança e do adolescente (art. 227 da CRFB). A caracterização do âmbito normativo desse direito permeia todo o período compreendido entre a concepção, gestação, nascimento e primeiros anos de vida da criança, tanto sob a ótica da mulher quanto da criança, de tal maneira que a proteção dos direitos fundamentais e o bem-estar da relação mãe-filho sejam assegurados.

Acerca da maternidade, Juliana Maria da Costa Pinto Dias (2017, p. 213) aponta o elo entre todas as fases que precedem a gestação e a função social de proteção à saúde da mulher e da criança:

Juridicamente falando, entende-se por maternidade não apenas o período gestacional, mas também os fatos posteriores a concepção, devendo-se levar em consideração tanto a saúde da mãe quanto a da criança, isto porque a maternidade tem uma função social relevante, que é a renovação de gerações.

Desse modo, em síntese, pode-se seguramente afirmar que os titulares do direito de proteção à maternidade e à infância são a mulher – gestante e mãe –, o nascituro e a criança. No tocante à mulher, as medidas de tutela à maternidade adequadamente se estendem às empregadas urbanas, domésticas e rurais, trabalhadoras avulsas e autônomas (BARROS, 2016).

Ao tratar sobre o direito da proteção à maternidade e à infância, Aline da Cunha Serefim (2013, p. 16) aduz que:

No que tange à mãe, trata-se de uma proteção ao seu resguardo físico necessário neste período devido às mudanças ocorridas no seu corpo, bem como pela geração e alimentação da vida dentro de si. No que se refere ao filho, este é carecedor de cuidados da mãe, principalmente nos primeiros períodos de vida, necessitando de atenção integral e de amamentação.

É possível afirmar que a legislação brasileira sobre proteção à maternidade experimentou forte influência das Convenções da OIT nº 3, de 1919, nº 103, de 1952, revisora da primeira, e a de nº 183, que alterou a anterior. A última estendeu a proteção à maternidade às trabalhadoras da economia informal, tratou da proteção à saúde da gestante e da duração da licença da empregada. Por força do art. 7º, XVIII, da CRFB, a duração da licença-maternidade no Brasil, atualmente, é de 120 dias. Todavia, com a vigência da Lei nº 11.770/2008, esse período pode ser prorrogado por mais 60 dias, se a empresa na qual a mulher trabalha aderir voluntariamente ao chamado “Programa Empresa Cidadã” e se for requerida pela empregada até o final do primeiro mês após o parto. A prorrogação pode ser garantida na mesma proporção nos casos de adoção de crianças (BARROS, 2016).

Conforme exposto, é inquestionável o argumento de que a concretização do direito à proteção da maternidade envolve a adequada

tutela concedida a outros direitos fundamentais, como é o caso da proteção do trabalhador e a assistência social. A licença à gestante, consagrada no art. 7º, XVIII, da CRFB, trata de direito-garantia da mulher trabalhadora e expressa concretização do direito à proteção à maternidade e à infância, devido à importância do acompanhamento e contato materno nos primeiros meses de vida para o integral desenvolvimento da criança. No tocante à previdência social, o art. 201, II, dispensa proteção à maternidade, especialmente à gestante. Ademais, o art. 203, I, aduz que a assistência social deve prestar proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

No que tange ao direito da proteção à infância, a leitura conjugada do arts. 6º e 227 da CRFB abarca todas as suas fases, inclusive a adolescência. A CRFB lança como dever do Estado proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, prioridade no atendimento a direitos como à vida e à saúde (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

Como se observa, o constituinte interlaçou direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, à proteção à maternidade e à infância, dentre outros, como fundamentais à vivência humana digna, enxertando-os com a natureza jurídica de normas indisponíveis, correspondendo a um dos aspectos de promoção da dignidade humana em todas as etapas da vida.

Acerca dessa expansão do espectro da dignidade humana, Juliana Maria Da Costa Pinto Dias (2017, p. 212) explica que:

Não restam dúvidas de que a proteção à maternidade esteve inicialmente ligada com o objetivo constitucional de proteger e garantir a igualdade de trabalho da mão de obra feminina, todavia tal direito envolve também a proteção à vida da criança envolvida em todo este processo, sendo este o bem jurídico maior a ser tutelado: a dignidade do menor.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) corrobora esse valor e delinea os contornos necessários para a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, bem como estabelece os direitos e deveres do Estado e dos responsáveis por eles. O diploma também garante proteção à maternidade e à infância, em alguns dos seus dispositivos, como o que se observa no art. 9º, ao estabelecer que o Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno. O art. 7º dispõe que a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Adequadamente, Aline da Cunha Serefim (2013, p. 17) conclui que as medidas normativas atreladas a essa proteção tem como objetivo maior relevante caráter social, pois ao proteger a maternidade: “estamos preservando a mãe e mulher trabalhadora, incitando e preservando a mulher empregada. Portanto, resguarda-se as forças vitais da mulher (imprescindíveis para um exercício profissional perfeito) oportunizando que ela execute normalmente suas funções maternas”.

## 2.2 LINHAS FUNDAMENTAIS ACERCA DA REFORMA TRABALHISTA

A chamada Reforma Trabalhista ocorreu em um quadro de crise econômica experimentada pelo país. Sob o argumento de manutenção do emprego, o *lobby* empresarial fortaleceu suas históricas exigências, demandando uma intervenção do Congresso, para realizar aquilo que entendiam como imprescindíveis alterações nas normas celetistas supostamente “anacrônicas” a dinâmica de uma economia global contemporânea. Assim, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, foi aprovada num momento crítico não apenas economia, mas, especialmente, na política do país.

Sob a justificativa de valorização da autonomia da negociação individual e coletiva e a reorganização institucional de alguns dos principais agentes envolvidos nas relações de trabalho, foi elaborada e aprovada a Reforma Trabalhista, responsável por alterar, criar e revogar mais de cem artigos e parágrafos da CLT, considerada como uma das maiores alterações já experimentadas no ordenamento jurídico laboral brasileiro (CARVALHO, S. 2017).

No período pós-*impeachment* da presidenta Dilma Roussef e com a posse de Michel Temer na Presidência da República foi proposto o PL nº 6.787/2016. O Projeto de Lei foi apresentado pelo Poder Executivo no início do ano de 2017, com o objetivo de “modernizar” a normatização laboral. No entanto, as primeiras análises realizadas por especialistas já avaliavam a proposta legislativa como um notório caso de retrocesso social, posto que contemplava modificações significativamente prejudiciais aos direitos até então consolidados pelos trabalhadores (CONFORTI, 2017).

O discurso central do Governo sobre os benefícios da aprovação do PL 6.787/2016 perpassava pela ideia do “negociado sobre o legislado”, sugerindo que a autonomia da vontade dos contraentes prevaleceria sobre as inadequadas imposições da lei em relação a determinados direitos, como o parcelamento das férias e a jornada de trabalho.

Grande parte das críticas que circundam a Lei nº 13.467/2017 não se refere à necessidade de reformar ou não as leis trabalhistas, mas à falta de organização com que se alterou, criou ou revogou dispositivos da CLT,



que, se interpretados conjuntamente, mostram-se contraditórios em muitas situações. A título de exemplificação, a interpretação conjunta do art. 394-A, que permite o trabalho das gestantes em ambientes insalubres de graus médio e mínimo, exceto se apresentar atestado de saúde; e do art. 611-A, XII, que permite a negociação do enquadramento da insalubridade, o que, por consequência, abre a possibilidade para que gestantes laborem em condições de insalubridade máxima.

Sandro Sacchet de Carvalho (2017) argumenta que há uma lógica da Lei nº 13.467/2017 em mitigar a concepção de que a negociação acerca da “força de trabalho”, reconhecido como relação entre pessoas, seja substituído por uma visão que aborda como espécie de “venda”, como uma relação estritamente mercadológica.

A Medida Provisória nº 808 foi editada em 14 de novembro de 2017, imediatamente após a entrada em vigor da reforma, como uma tentativa do governo de amenizar alguns dos mais impactantes reflexos negativos provocados pela aprovação da Lei 13.467/2017. No entanto, em 23 de abril de 2018, a MP perdeu a eficácia por decurso do prazo para votação pelo Congresso Nacional, voltando, assim, a vigorar o texto da Reforma em sua íntegra.

Após essa breve síntese expositiva acerca das alterações experimentadas pela normatização trabalhista, é adequado enfatizar que, desde sua gênese, o papel central que deve ser exercido pelo direito do trabalho é o de artificialmente incrementar o poder experimentado pelo sujeito mais frágil da relação juslaboral, ou seja, introduzir um elemento estranho ao livre mercado, de modo a equilibrá-la e harmonizá-la aos direitos constitucionalmente reconhecidos como fundamentais.

Assim, alterações no arcabouço do direito do trabalho devem ser realizadas pontualmente, baseadas em evidências concretas, em que se busca atingir um novo equilíbrio potencialmente melhor, sem desconsiderar a natureza do direito do trabalho (CARVALHO, S. 2017, p. 92).

## 2.3 INSALUBRIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

O art. 7º, XXIII, da CRFB elenca como direito do trabalhador o adicional de remuneração por atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei. A CLT, em seu art. 189, conceitua atividades ou operações insalubres como aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Nesse sentido, “o adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que estiver exposto a situações nocivas à sua saúde, enquanto executar o serviço” (CASSAR, 2011, p. 872). O empregado que labora em ambientes com agentes nocivos à sua saúde, cuja nocividade pode variar de acordo com o tempo de exposição e a intensidade desses agentes, faz jus ao adicional de insalubridade. Uma contraprestação pecuniária, portadora de natureza salarial apesar da finalidade indenizatória.

Os agentes nocivos podem ser físicos, como o calor, frio e ruídos, por exemplo; químicos como poeira ou gases; e biológicos, como vírus e bactérias. Aqueles que laboram em atividades ou operações insalubres, ainda que intermitente, por demandarem risco à sua saúde, possuem o direito ao pagamento do adicional de insalubridade. Este varia conforme o grau mínimo (10%), médio (20%) ou máximo (40%) de exposição aos agentes, segundo apurado por perito, médico ou engenheiro do trabalho, e devendo essas atividades constar em relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, a qual classifica a atividade (BARROS, 2016).

As atividades e operações insalubres estão indicadas na Norma Regulamentadora 15 (NR 15), da Portaria 3.214/1978, “a qual descreve os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado, bem como os respectivos limites de tolerância” (GARCIA, 2018, p. 980).

Em relação ao Equipamento de Proteção Individual (EPI), se o empregador fornecê-lo e estes forem suficientes para reduzir a nocividade do agente, o empregado não mais terá direito ao adicional (Súmula nº 80 do TST), desde que a empresa proceda corretamente e tome as medidas necessárias para assegurar a redução ou a eliminação da nocividade (Súmula nº 289 do TST).

No que se refere ao trabalho da empregada gestante e da lactante, a CLT dispõe de normas importantes de proteção dessas trabalhadoras enquanto perdurar o período de gravidez ou de lactação, o que será tratado no próximo tópico deste estudo.

## 2.4 A EMPREGADA GESTANTE E A LACTANTE EM AMBIENTES INSALUBRES

Conforme previamente mencionado, a Lei nº 13.287/2016 foi a responsável por inserir o artigo 394-A na CLT, introduzindo expressa proibição para empresas utilizarem o trabalho da empregada gestante e da lactante em ambientes insalubres enquanto perdurasse o período de lactação e lactação, garantindo não apenas o afastamento dessas empregadas de locais ou operações insalubres, mas assegurado ainda a continuidade do recebimento do adicional de insalubridade.

Essa previsão normativa proporcionou uma maior tutela à mulher puérpera e também ao nascituro e ao bebê ora em formação. Todavia,

dentre as alterações da Reforma que mais causaram discussões, pode-se apontar a mudança na redação do art. 394-A da CLT, que trata do afastamento da empregada gestante e da lactante de locais, atividades ou operações insalubres.

Marylady Medeiros da Silva e Paula Isabel Nóbrega Introine Silva (2017, p. 75) aduzem que a Lei nº 13.467/2017 alterou profundamente a interpretação dada ao art. 394-A da CLT e passou a permitir o trabalho da gestante em ambientes insalubres:

A situação se agrava mais ainda quando se trata da gestante que trabalha em ambientes insalubres, em diversas atividades, nos mais variados setores econômicos. A Reforma Trabalhista abre a permissão do trabalho da gestante em tais locais de trabalho, situação que havia sido vedada pela Lei nº 13.287/16, porém revertida agora pela Lei nº 13.467/17.

Dessa forma, a mudança inserida pela Reforma Trabalhista ao direito de afastamento da mulher, durante a gestação e a lactação, abre a possibilidade para o não afastamento da empregada, já que a gestante que labora em ambientes de insalubridade média e mínima e a lactante submetida a qualquer grau de insalubridade precisam apresentar atestado de saúde emitido pelo médico para que possam se afastar, colocando em risco a proteção antes garantida de modo absoluto pelo legislador, reconhecida como pressuposto do direito de proteção à maternidade e à infância.

O ponto central a que se refere o trabalho, em ambientes insalubres, diz respeito ao inquestionável cenário de risco à saúde de qualquer pessoa. Todavia, esse cenário se torna ainda mais preocupante no estado de saúde da puérpera e da lactante, do feto e da criança em fase de amamentação, que estão mais suscetíveis a doenças e complicações. Assim, era adequada a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, regra esta ignorada pelo Estado ao alterar o art. 394-A da CLT, com a Lei 13.467/2017.

Sobre a temática, Marylady Medeiros da Silva e Paula Isabel Nóbrega Introine Silva (2017, p. 77) concluem que:

Portanto, não há como mensurar as consequências que a exposição da gestante a ambientes insalubres podem gerar no feto, seja uma má formação, um aborto, problemas sistêmicos, dentre tantos outros. Não há como

comparar qualquer outro tipo de trabalhador, independente do sexo, com a gestante, porque nesse momento a maior proteção a ser dada é ao nascituro, em face da sua extrema fragilidade e da inexistência de equipamentos de proteção realmente capazes de protegê-lo. Assim, resta como solução ou a eliminação do risco ou o afastamento da gestante e lactante dos locais insalubres.

Por consequência, como garantia da proteção à maternidade e à infância, o mais seguro para a preservação plena do direito social fundamental à saúde seria que o legislador não tolerasse a possibilidade da manutenção da empregada gestante e lactante em ambientes insalubres, obrigando, de forma global, o afastamento da mulher, o que implica dizer o retorno da vigência do art. 394-A nos moldes da Lei nº 13.287/2016.

### **3 DIREITOS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL**

A expressa previsão de direitos fundamentais, nas constituições modernas, evidencia o compromisso com a promoção ao Estado Democrático de Direito, cujas normas se coadunam com a valorização da dignidade humana e a justiça social. A tradição constitucional germânica, que se espalhou para outras Cartas Fundamentais, inclusive a brasileira, traz dogmáticas centralizadas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e limites aos limites dos direitos fundamentais (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2014).

Os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção e todos eles se sujeitam, em princípio, a intervenções, especialmente no que se refere aos limites e garantias desses direitos que embasam o Estado e toda a normativa decorrente da Constituição (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2014).

Como se sabe, os direitos fundamentais não se expressam em patamares absolutos, pois se submetem a limites que dependem do bem jurídico tutelado previsto na ordem jurídico-normativa de um Estado, nem sempre fáceis de serem identificados. Os limites dos limites aos direitos fundamentais são direcionados, especialmente, ao poder público, de modo que atuam como obstáculos às alterações legislativas que podem desvirtuar o próprio sentido dos direitos fundamentais (DEMARCHI; FERNANDES, 2015).

A teoria dos *limites aos limites dos direitos fundamentais* visa balizar o legislador e o aplicador do Direito ao restringir os direitos fundamentais,

pois busca “designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais” (DEMARCHI; FERNANDES, 2015, p. 15). Limitar a atividade normativa do Estado não significa dizer que não se possa limitar direitos, mas o que se objetiva com a aplicação dessa teoria é evitar que esses limites sofram esvaziamentos capazes de corroer a própria essência desses direitos.

A restrição legislativa quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais que o Estado deve observar revela-se como um paradoxo, pois esses direitos tanto limitam o poder do Estado como podem também ser limitados por ele. Essas restrições devem constar expressamente na Constituição ou em norma legal fundamentada nela. Dessa forma, a atuação limitadora do Estado também deve ser limitada.

Em relação aos direitos sociais, Alexandre de Moraes (2017, p. 219) conceitua-os como:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático.

Integrante do rol de direitos fundamentais, os direitos sociais são normas constitucionais, de caráter público, imperativas e invioláveis. Para a proteção dos direitos sociais, tanto em face do legislador quanto em face de particulares, cresceu, no Brasil, uma noção de proteção jurídico-constitucional ao retrocesso, um mecanismo de controle que visava proibir e/ou corrigir medidas que restrinjam ou suprimam direitos sociais.

Destarte, no tocante às garantias dos direitos sociais contra a interferência do Estado ou de particulares, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm reconhecendo o princípio da vedação ao retrocesso social como um princípio implícito na CRFB. Assim, Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 47) prelecionam que esse princípio se manifesta como uma garantia constitucional implícita destinado a proteger direitos sociais fundamentais já implantados, pois pretende:

[...] coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que

equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados.

Segundo o jurista, o princípio traz um dever de realização progressiva dos direitos sociais. A proibição de retrocesso social guarda estreita relação com o princípio da segurança jurídica e com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito e da proteção da confiança, tendo em vista que tutelar a confiança que o indivíduo e a sociedade têm na ordem jurídica e, especialmente, na Constituição, visto que guardam a estabilidade e a continuidade do Estado de Direito, notadamente no que tange ao núcleo essencial dos direitos sociais.

Dessa maneira, cumpre salientar que a segurança jurídica não pode ser encarada sob um aspecto puramente formal, nem implica previsibilidade dos atos do poder público ou na impossibilidade de sua alteração, já que também envolve certo grau de proteção dos direitos sociais.

Ao tratarem da relação entre o princípio do retrocesso social e a segurança jurídica, Bruno Oliveira de Paula Batista e Paula Falcão Albuquerque (2017, p. 23) aduzem que essa noção:

[...] não pode estar restrita à proteção em face de atos retroativos, exigindo que se proteja o cidadão também contra atos retrocessivos, ou seja, que não alcançam necessariamente as figuras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas que suprimem normas constitucionais ou mesmo revogam leis que regulamentam tais normas, mormente em relação aos direitos sociais.

Assim, a segurança jurídica se atrela de modo simbiótico à segurança social, esta de elevado grau de proteção para os direitos sociais contra violações do Estado e de particulares. Nessa perspectiva, a segurança que se pretende também é a do cidadão contra retrocessos aos direitos adquiridos, que suprimem ou revogam direitos sociais. Importa destacar que um autêntico Estado Democrático de Direito, constando expressamente ou não em seu texto constitucional, é também um Estado da segurança jurídica (CANOTILHO; CORREIA; CORREIRA, 2015).

Conforme previsão expressa no art. 6º, *caput*, da CRFB, e abordado nos capítulos anteriores, o direito ao trabalho e à proteção a maternidade e a infância integram o rol dos direitos sociais. Sendo assim, não poderia ser

diferente o tratamento de proteção de não retrocesso quanto aos direitos até então conquistados pelos trabalhadores, de modo que a meta seja harmonizar o futuro e os direitos já alcançados, buscando um distanciamento da situação de não garantia (SILVA; SILVA, 2017).

O Estado tem liberdade para atualizar o ordenamento jurídico por meio da elaboração de novas leis, poder este decorrente de previsão constitucional. Retrocesso social não significa impedir a adequação contemporânea da legislação que garante a efetivação de direitos sociais conforme o contexto histórico inserido, mas se trata de vedar que uma lei que delimita a incidência de seu espectro ou o modo de prestar o direito seja amesquinhado ou revogado por outra lei, mesmo que de igual ou superior hierarquia (CLÈVE, 2003). Sobre a temática, adequado os apontamentos de Canotilho, Correia e Correia (2015, p. 82) ao aduzirem que:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo.

Ao afirmar que uma lei posterior não poderá revogar ou restringir um direito social disposto em lei anterior, Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 17-19) expõe que:

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente

direito social, há necessidade de certa dose de cautela.

Desse modo, pode-se afirmar que a limitação ao retrocesso permeia a ideia de que uma vez que o direito for concretizado, não poderá ser diminuído ou esvaziado, trata-se do chamado *efeito cliquet*, numa referência ao alpinismo em que o esportista, ao alcançar determinada altura, afixa seu mosquetão e logra segurança daquele ponto, de onde não descerá mais (CARVALHO, M. 2017).

#### **4 O IMPACTO JURÍDICO E SOCIAL DA REFORMA TRABALHISTA NA PROTEÇÃO À GESTANTE E À LACTANTE EM AMBIENTES INSALUBRES**

Em meio ao turbulento momento político pelo qual passava o país: *impeachment*, manobras políticas e troca de presidente, foi aprovada a Lei nº 13.287/2016, que incluiu o art. 394-A na CLT. Até sua transformação em lei (PL 814/2007), foram quase dez anos de muitas discussões acerca do tema insalubridade, com o fim de assegurar maior proteção à gestante e à criança, o que representou uma grande conquista social e, de fato, um grande avanço na trajetória dos direitos trabalhistas, com a extensão da proteção da gestante até a fase da lactação e que demonstra preocupação com uma maternidade humanizada, em que não se pensa apenas na mulher, mas na criança que precisa de zelo (SILVA; SILVA, 2017).

À época da elaboração da Lei nº 13.287/2016, o objetivo do legislador foi o de proteger a trabalhadora e o futuro ser humano que estava por vir, mas as consequências concretas dessa medida normativa, em certos segmentos empresariais, acabaram se contrapondo à proposta inicial e marcou, em tese, uma discriminação racional ao trabalho da mulher. A justificativa para isso seria a de que os empregadores teriam maior prejuízo econômico do que potenciais benefícios ao contratar mulheres para exercer atividades insalubres, o que acarretaria favorecimento da contratação de profissionais masculinos, já que o citado dispositivo não seria estendido a esses (SOUZA, 2017).

Partindo do ponto de vista de uma análise estritamente econômica do empregador, a Lei nº 13.287/2016 poderia significar prejuízos, pois, além do período de nove meses de afastamento dessa trabalhadora e os quatro ou seis meses (caso a empresa se enquadrasse no Projeto Empresa Cidadã) de licença-maternidade, deveria contratar outro trabalhador para ocupar a função da mulher, incluído ter de suportar o pagamento do adicional de insalubridade duas vezes.



Esse era um problema que, certamente, ainda necessitava ser resolvido pelo Estado. Infelizmente, a oportunidade de buscar uma solução adequada para esse cenário nunca se apresentaria.

Com a publicação da Lei nº 13.467/2017, a redação do art. 394-A alterou, novamente, o tratamento concedido pela legislação trabalhista às mulheres que laboram em locais insalubres. Com a alteração do art. 394-A da CLT, a legislação trabalhista passou a prever que para que a gestante se afaste do exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde. O inciso III, *caput*, estabelece que a empregada lactante, por sua vez, poderá ser afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau apenas quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação (GARCIA, 2018).

A reforma do referido artigo foi alvo e continua a ser alvo de críticas, haja vista ter-se passado de uma situação de absoluta vedação do trabalho das empregadas gestante e lactante em locais insalubres, para uma liberação virtualmente absoluta. Dessa forma, a empregada gestante pode prestar serviços em local de insalubridade em grau médio ou mínimo, proibida apenas de locais de insalubridade máxima, ou poderá trabalhar em local salubre dentro da empresa, a critério do empregador. Por outro lado, para a empregada lactante, não se estabeleceu uma proibição total do trabalho insalubre, mesmo que em grau máximo (SOUZA, 2017).

Atente-se que, embora estejam na mesma situação – necessidade de proteção à maternidade e à criança, foi positivado uma diferenciação de tratamento entre empregadas gestante e lactante sem que para isso o legislador conferisse qualquer esclarecimento.

Conforme exposto em múltiplos momentos no curso deste estudo, o ponto central de proteção ao trabalho da gestante em local insalubre repousa na causalidade de envolver o direito do nascituro. Não seria íntegro, embora possível, o argumento de aplicar o direito ao livre exercício da profissão, considerando que se está diante de normas inegociáveis, pois tratam de medicina do trabalho, além do que, a proteção do feto em desenvolvimento também está em questão.

Em relação à gestante, Marylad Medeiros da Silva e Paula Isabel Nóbrega Introine Silva (2017) prelecionam que há poucas hipóteses concretas de insalubridade de grau máximo e alguém poderia considerar que essa expressão constante na atual redação do art. 394-A da CLT representaria um gesto nobre por parte da reforma de 2017 ao tentar proteger as mulheres grávidas dos maiores perigos. Entretanto, no campo da higiene ocupacional, nada é o que parece, levando-se em consideração

que, dentre os catorze anexos da NR 15, somente há grau máximo no contato com alguns agentes químicos e biológicos de alto risco em centros cirúrgicos, limpeza de bueiros e trabalho em necrotérios, além de contato com radiação ionizante e com pressões elevadas para os trabalhadores submersos.

Dessa forma, verifica-se que o âmbito de proteção à gestante é ínfimo quando se compara com a quantidade de empregadas que se enquadram nos graus médio e mínimo de insalubridade, a exemplo das mulheres que trabalham na indústria e no comércio e realizam atividades com “ruídos excessivos, os ruídos de impacto, a exposição ao calor e ao frio elevados, radiação não ionizante, vibrações, umidade e boa parte dos elementos químicos e agentes biológicos” (SOUZA, 2017, p. 28), conforme consta na NR 15.

O que torna a Reforma mais condenável é o fato de não ter previsto proteção à empregada lactante, já que estará exposta a todos esses agentes nocivos à saúde, em múltiplos os graus, levando-se ainda em consideração que os critérios estabelecidos na NR 15 não seguem padrões internacionais, tendo seu texto aprovado em 1978, e não experimentando atualizações quanto às normas de segurança do trabalho ao tempo da Reforma (SOUZA, 2017).

Para além dessa reflexão, acerca da exigência do atestado de saúde para o afastamento das atividades realizadas em locais insalubres, Marylad Medeiros da Silva e Paula Isabel Nóbrega Introine Silva (2017) explicam que não se trata de questionar a capacidade do médico de elaborar o laudo, mas recai sobre ele – o médico – saber as condições de trabalho a que a gestante e a lactante estarão expostas nesse meio ambiente laboral, quais as garantias que a empresa pode proporcionar para proteção da criança, etc.

Refleta-se também que, na maioria das vezes, o médico de confiança da mulher não é especialista em segurança do trabalho. Questiona-se como o profissional médico, sem a referida especialidade, poderá elaborar, de modo preciso e responsável, um parecer em que categoricamente decide se o ambiente em que a empregada labora não é prejudicial a ela e ao bebê (SOUZA, 2017).

O impacto social advindo da nova redação do art. 394-A vai de encontro aos valores humanitários que a Lei 13.287/2016 pregava ao tempo de sua vigência. Não há como mensurar exatamente o alcance do prejuízo ao feto e ao bebê em desenvolvimento, mas sabe-se que são humanos ainda em formação, que não possuem um sistema biológico capaz de eficientemente combater danos ao seu organismo (SILVA; SILVA, 2017). Se antes da Reforma o objetivo do legislador era o de proteção à mulher e à infância saudáveis, com a sua vigência percebe-se uma mudança para contemplar um objetivo estritamente econômico.

## 5 CONCLUSÃO

O direito de proteção à maternidade e à infância representa um dever social de proteção do Estado em relação à mulher e à criança, dotado de carga imperativa por se tratar de um direito social fundamental, que, sob o prisma do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez positivados no ordenamento jurídico pátrio, por meio de lei infraconstitucional, são insuscetíveis de restrição ou exclusão por lei posterior que venha a incorporar o sistema legislativo.

Essa proteção constitucional merece destaque, na seara trabalhista, no tocante ao direito das empregadas gestantes e lactantes de se afastar das atividades em locais insalubres. A aprovação da Lei nº 13.287/2016, que incluiu o art. 394-A na CLT, previa o distanciamento obrigatório dessas mulheres, o que foi alterado com a vigência da Lei nº 13.467/2017.

O PL nº 6.787/2016, que culminou na Lei 13.467/2017, foi aprovado em menos de um ano. A pesquisa bibliográfica aponta uma rara ausência de discussões ou debates sobre as consequências de sua conversão em lei, o que retrata um cenário negligente (ou malicioso) de desrespeito com os direitos trabalhistas, tendo em vista o inquestionável impacto que uma reforma, com mais de cem pontos de alteração, impactaria nas relações de trabalho resultaria, principalmente, nos direitos dos mais necessitados do amparo do poder público que é o trabalhador.

Ao criar um requisito para o afastamento das empregadas, a Reforma Trabalhista restringiu um direito social fundamental dessas mulheres e, principalmente, do bebê que precisa de cuidados desde o ventre de sua genitora. A proteção à maternidade e à infância vem para assegurar que o Estado permita o desenvolvimento saudável da criança desde sua mais tenra idade, o que, no caso, seria o afastamento da empregada de locais insalubres que possam comprometer a saúde do bebê.

O trabalho, em ambientes insalubres, é prejudicial a qualquer pessoa, principalmente às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo, pois, correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, regra esta ignorada pelo Estado ao alterar o art. 394-A da CLT.

Diante do que foi debatido ao longo dessa pesquisa, com enfoque no princípio da vedação ao retrocesso social e no mínimo existencial, confirmou-se a hipótese inicial levantada de que a nova redação do artigo 394-A da CLT, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, de fato, representa um retrocesso social ao direito das empregadas gestantes e lactantes que trabalham em locais insalubres de se afastar. Comparando-se a previsão anterior com a atual do art. 394-A da CLT, é possível concluir, de forma objetiva, que, com a aprovação da Lei 13.287/2017, identifica-se espécie de

retrocesso social, fazendo-se necessário reconhecer a consequente inconstitucionalidade do referido dispositivo.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. **O princípio da proibição de retrocesso social: contornos para aceitação e aplicação em conformidade com a constituição brasileira de 1988**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm). Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 1 maio 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Murilo Alves de. **O princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. Uma visão geral sobre a reforma trabalhista. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, v. 63, out. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, v. 22, p. 17-29, 2003.

CONFORTI, Luciana Paula. **Impacto da reorganização produtiva nas relações de trabalho**: mitos sobre a flexibilização da legislação trabalhista e extinção da Justiça do Trabalho. Brasília: Anamatra, 2017.

DEMARCHI, Clovis; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Teoria dos limites dos limites**: análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

DIAS, Juliana Maria da Costa Pinto. **O direito fundamental a proteção à maternidade no direito do trabalho**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEREFIM, Aline da Cunha. **Proteção ao trabalho da mulher gestante**. 2013. 52 f. Monografia (Graduação – Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

SILVA, Marylad Medeiros da; SILVA, Paula Isabel Nobrega Introine. **A gestante e o meio ambiente laboral**: uma análise da lei 13.467 /17 sob a luz do retrocesso social. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

SOUZA, Déborah Henrique de. **Alterações nos artigos 394-A e 396 da CLT**: como a reforma trabalhista pode prejudicar a mãe e o bebê no período de aleitamento materno. 2013. 37 f. Monografia (Graduação – Direito). Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2017.

Recebido: 19/4/2019.  
Aprovado: 4/5/2020.

### **Saulo Nunes de Carvalho Almeida**

*Pós-doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor).  
Estágio Pós Doutoral em Direito na Universidade de Fortaleza (Unifor).  
Doutor e mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela  
Universidade de Fortaleza (Unifor).  
Professor do Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica)  
e do Centro Universitário Unifanor/ Wyden.  
E-mail: saulonunes@hotmail.com.*

### **Renata Muniz Sales**

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica).  
Servidora pública da Universidade Federal do Ceará (UFCE).  
Membro da Comissão da Mulher Advogada na Subseção Sertão Central.  
Advogada.  
E-mail: renata.fers@gmail.com.*